



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.992 - SP (2016/0272480-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULA HUNGRIA AAGAARD
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : IVAN DA SILVA CORDEIRO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. CONDENAÇÃO PROVISÓRIA ANTERIOR. OFENSA À SUMULA N. 444 DESTA CORTE. PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA QUE NÃO PERMITE O BENEFÍCIO. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E PRIMARIEDADE QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- Configura coação ilegal a valoração desfavorável dos antecedentes e da personalidade do acusado com lastro em condenação sem trânsito em julgado, pois em evidente afronta à Súmula n. 444/STJ, segundo a qual "é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

- Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Hipótese em que inexistente ilegalidade quando da não aplicação do privilégio, pois a Corte local apontou a dedicação do paciente às atividades ilícitas, destacando a quantidade e a variedade dos entorpecentes apreendidos e as circunstâncias em que o delito ocorreu, notadamente agravadas pelo fato de o acusado contar com condenação provisória pela prática do mesmo delito e por terem sido apreendidos 536 tubos plásticos vazios. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*. Precedentes.

- Mantida a condenação em patamar superior a 4 anos, resulta inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do CP.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

- No caso, considerando o novo montante da pena de 5 anos de reclusão, a primariedade do paciente e a valoração favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal, deve ser estabelecido o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do CP. Precedentes.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para reduzir as reprimendas do paciente para 5 anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 500 dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.992 - SP (2016/0272480-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULA HUNGRIA AAGAARD
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : IVAN DA SILVA CORDEIRO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de IVAN DA SILVA CORDEIRO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0040626-95.2015.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente, em primeiro grau de jurisdição, foi condenado pela prática do delito de tráfico de drogas, às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 dias-multa (fls. 16/21).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual teve o provimento negado pelo Tribunal *a quo* (fls. 22/32).

Na presente impetração, a defesa sustenta haver constrangimento ilegal, aos seguintes fundamentos: a exasperação da pena-base considerou como maus antecedentes processo ainda em curso, o que viola o entendimento firmado no enunciado n. 444 da Súmula desta Corte; o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 deve ser aplicado na fração máxima de 2/3, pois presentes todos os requisitos para a aplicação da *benesse*; deve ser fixado regime inicial mais brando; e o paciente faz *jus* ao benefício da substituição da pena, na forma do art. 44 do Código Penal.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, que seja reduzida a pena aplicada ao paciente, fixado regime inicial mais brando e substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pedido liminar indeferido (fls. 37/38).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações prestadas às fls. 48/83 e 86/102.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela concessão parcial da ordem, apenas *para reformar a exasperação da pena-base que considerou uma condenação que não transitou em julgado como conduta social deletéria e personalidade desajustada, circunstância judicial que influenciou na aplicação do castigo, violando o entendimento firmado no enunciado n. 444 da Súmula desta Corte (fl. 114).*

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.992 - SP (2016/0272480-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca a defesa a redução da pena-base, a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a fixação de regime inicial mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Como é cediço, a dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

Constata-se, no caso, que o sentenciante, ao estabelecer as reprimendas do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente, procedeu de acordo com a seguinte fundamentação (fl. 20):

Seguindo as diretrizes do artigo 59 do Código Penal, observo que o réu ostenta maus antecedentes, pelo que aumento a pena base do delito em 1/6, perfazendo 05 (cinco) anos e 10(dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor legal mínimo, ante a condição econômica do réu.

Diante dos maus antecedentes, já tendo sido o réu condenado anteriormente pela prática de igual delito, impossível a aplicação do disposto no artigo 33, parágrafo 4º da Lei de Drogas. Não havendo fatores modificativos, tomo definitiva a pena acima imposta. (...) Quanto ao regime prisional, deverá o réu iniciar o cumprimento da pena em regime fechado.

O Tribunal revisor, por sua vez, ao julgar o apelo defensivo, manteve a dosimetria realizada em primeiro grau, tendo o voto condutor do acórdão assentado que (fls. 27/30):

3.1. a exasperação em sexta parte das penas-base exsurgiu adequada. De se ressaltar, entretanto, que, embora a condenação informada a fls. 45 (por tráfico de entorpecentes) não tenha transitado em julgado e por conseguinte não configure mau antecedente, caracteriza sim conduta social deletéria e personalidade desajustada, circunstância judicial que, de qualquer sorte, influi na aplicação do castigo;

3.2. restou bem rechaçada pela preclara sentenciante a redução trazida pelo § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Tal benesse não se mostra viável na medida em que se cuide de infração indicativa de alta periculosidade do agente. O propósito do legislador, certamente, não foi favorecer os traficantes de alto coturno. A mens legis da Lei nº 11.343/06 há de ter tido em vista, primordialmente, fornecedores ocasionais, que não denotam perseverança criminosa, hábito delinquencial ou gravíssimo comprometimento para a ordem social, a paz coletiva e a saúde da população em geral, virtudes certamente irreconhecíveis no imperdoável traficante de drogas que persevera nessa senda.

Tanto, aliás, que o citado art. 33, § 4º, contém expressa referência, para fins de merecimento da redução condescendente, à exigência de que o agente "não se dedique às atividades criminosas".

Sabe-se que em termos repressivos o ditame constitucional é o de desestimular com energia o comércio ilegal de drogas; logo, o benefício trazido pela nova lei de regência, editada sob o mote de tornar mais rigoroso o tratamento penal que incide sobre o traficante, conflita, quando aplicado de modo indiscriminado, com a Constituição da República. Há, além da quebra do princípio de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

isonomia entre os condenados por outros crimes (especialmente pelos classificados como igualmente hediondos) e os condenados por tráfico de drogas, uma violação às disposições constitucionais e aos tratados internacionais que obrigam o Poder Público brasileiro à repressão efetiva do narcotráfico. A inteligência útil e legítima da norma sob análise só pode ser feita á luz da Carta Política, e nesse passo se conclui que a mercê foi estabelecida para dar solução excepcional a situações excepcionais.

(...)

A lei atual trouxe tratamento distinto para quem oferece droga a pessoa de seu relacionamento sem objetivo de lucro - a rigor, traficante de entorpecentes: § 3º do mesmo artigo 33. Ora, também se reserva tratamento diferenciado no § 4º, pois o redutor se dirige a quem comete uma das condutas puníveis constantes do caput ou do § 1º do artigo 33 quando o agente atua sem ter o lucro por meta, sem intuito de comércio, sem adotar a odiosa e desaqueçadora propagação narcótica como meio de vida

É assim que se deve considerar a exigência de "não se dedicar às atividades criminosas" (terceira figura dos pressupostos indispensáveis à concessão da benesse), porque quem procura obter vantagem financeira através do mercadejo de substância clandestina se propõe, claro, a exercer atividade criminosa: presta o torpe serviço para alguém, faz a deplorável intermediação para alguém, busca aumentar os recursos ilícitos de grupos ou organizações formadas à margem da lei para custear investidas delituosas n'outros setores do submundo. Convenhamos ser fenômeno de extrema raridade o traficante que age solitariamente...

Se se der outra interpretação ao dispositivo em apreço, de forma a alcançar todo e qualquer agente que preencha os demais requisitos, haverá incontornável discrepância com outras normas da mesma Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, como, por exemplo, a descrição típica de seu artigo 37 (mero informante).

Ante tais ponderações e tendo em conta a diligência policial que culminou na apreensão de sintomática e variada quantidade de estupefacientes, um deles altamente lesivo [11,7g de cocaína e 42,4g de maconha (cf. aludidos laudos de constatação e de exame químico-toxicológico)], e também de petrechos intimamente ligados à rotina da odiosa comercialização (536 tubos plásticos vazios), tudo guardado pelo réu em sua moradia, não se havia mesmo cogitar da causa de diminuição colimada. Desponta nítido o vínculo com enredo deliquencial.

De pronto, constata-se que a valoração desfavorável dos antecedentes e da personalidade do acusado, com lastro em condenação sem trânsito em julgado, não merece



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prosperar, pois em evidente afronta à Súmula n. 444/STJ, segundo a qual "é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

Assim, excluído o aumento de 1/6 operado na primeira fase da dosimetria, **reduzo a pena-base para o mínimo legal, qual seja, 5 anos de reclusão, mais o pagamento de 500 dias-multa.**

Prosseguindo, sabe-se que, para a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

Por outro lado, esta Corte tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS IDÔNEAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO PREVISTO NO INCISO I DO ART. 44 DO CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

depende das circunstâncias do caso concreto.

- Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Hipótese em que o Tribunal de origem conferiu legalidade à manutenção do não reconhecimento do privilégio, ao fundamentar que a quantidade, a variedade e a nocividade dos entorpecentes apreendidos (15,13 gramas de cocaína e 26,23 gramas de crack), aliadas às circunstâncias em que o delito ocorreu, permitem concluir que o acusado dedica-se às atividades criminosas. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

(...)

- Habeas corpus não conhecido. (HC 362.266/RS, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 23/09/2016) -grifei.

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FALTA DE CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. MAJORAÇÃO POR MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO SUPERIOR A 5 ANOS. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. NATUREZA E QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. NÃO APLICAÇÃO. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA E INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO NESSE PONTO. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO.

(...)

4. A quantidade e natureza das drogas apreendidas (in casu, 18,5 g de maconha e 14,8 g de cocaína, sendo parte na forma de crack), por indicar dedicação a atividades criminosas, pode embasar o não reconhecimento do tráfico privilegiado.

(...)

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício, nos termos do dispositivo. (HC 326.519/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2016, DJe 03/08/2016) - grifei.

No caso, pela leitura dos excertos acima transcritos, observa-se que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentenciante não reconheceu a causa de diminuição retromencionada por ter o acusado condenação provisória por tráfico de entorpecentes. O acórdão recorrido, por sua vez, manteve a não aplicação da minorante, destacando as circunstâncias em que o delito ocorreu, indicativas de que o paciente dedica-se às atividades criminosas.

De pronto, vale destacar que o fato de o acusado responder a uma outra ação penal, por si só, não conduz à conclusão de que se dedica às atividades criminosas, sendo inidôneo tal fundamento para, de forma isolada, sem o cotejo com as circunstâncias em que ocorreu o delito, obstar a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Contudo, quando aliado, como bem destacado pelo acórdão recorrido, à quantidade/nocividade das drogas apreendidas - *11,7g de cocaína e 42,4g de maconha* - e às circunstâncias em que o delito ocorreu, notadamente agravadas pelo fato de que, com o paciente, foram encontrados 536 tubos plásticos vazios, implicam, sem dúvida, o afastamento do redutor, pois evidenciam a dedicação às atividades criminosas.

Assim, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, para não aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, concluo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do *habeas corpus*, de cognição sumária.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE INCURSÃO NA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). DEDICAÇÃO DOS CONDENADOS À ATIVIDADE CRIMINOSA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO DEMONSTRADA EM FUNÇÃO DA QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGA APREENDIDA. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PATAMAR DA REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. Os fundamentos utilizados pela Corte estadual para não aplicar ao caso concreto a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada sobretudo pelas circunstâncias do delito e pela quantidade de drogas apreendidas (33,7g de "maconha", distribuída em 18 embalagens), está em consonância com o entendimento desta Corte.

Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus.

(...)

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto. (HC 351.136/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 29/09/2016) - grifei.

Por oportuno, destaco a inviabilidade de acolhimento do pedido de substituição da pena corporal, uma vez que o montante da pena - 5 anos de reclusão - não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

Quanto ao regime prisional, sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

O regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Na espécie, o sentenciante fixou o regime inicial fechado destacando que "deverá o réu inicial o cumprimento da pena em regime fechado" (fl. 20). A Corte local manteve o regime mais gravoso com lastro apenas na hediondez do delito (fls. 30/32).

Assim, considerando a primariedade do paciente, o redimensionamento da pena-base ao mínimo legal previsto para o tipo e o montante da sanção corporal - 5 anos de reclusão -, modifico o regime para o inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.340/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. QUANTIDADE DE DROGA NÃO SIGNIFICATIVA PARA FINS DE IMPOSIÇÃO DO REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

6. Na definição do regime prisional aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios estabelecidos nos arts. 33 do CP e 42 da Lei n. 11.343/2006.

7. Fixada a pena do paciente em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de reclusão, reconhecida sua primariedade e sendo favorável a análise das circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, "d", do CP, sobretudo considerando-se que a quantidade de droga apreendida (70,1g de cocaína e 2,2g de maconha) não é tão elevada a ponto de justificar o regime prisional mais gravoso.

(...)

9. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade. (HC 312.885/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 18/05/2016) - grifei.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E ART. 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. INOBSERVÂNCIA. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2.º E 3.º, DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

(...)

3. Fixada a pena-base no mínimo legal, e, sendo a reprimenda final da paciente igual a 5 anos de reclusão, é possível o estabelecimento do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal.

4. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda corporal imposta à paciente nos autos da Ação Penal n.º 0000083-26.2015.8.26.0637. (HC 374.719/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 15/12/2016) - grifei.

Ante o exposto, **não conheço** do habeas corpus. Contudo, **concedo a ordem ex officio**, apenas para reduzir as reprimendas do paciente para 5 anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 500 dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0272480-7

HC 374.992 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00406069520158260050 20160000473036 406069520158260050

EM MESA

JULGADO: 07/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: PAULA HUNGRIA AAGAARD
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: IVAN DA SILVA CORDEIRO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.